

1. Recht als Verhaltensregelung

a) Sozialgefüge als Kulturerscheinung

Anders als in einem Termitenstaat ist das Zusammenleben der Individuen in einer menschlichen Gemeinschaft nicht schon durch Instinkte, das heißt durch angeborene Verhaltensmuster, starr und vollständig gesteuert. Wohl gibt es auch beim Menschen angeborene Antriebe und Grundmuster des Sozialverhaltens wie den mütterlichen Pflgetrieb, den Geschlechtstrieb, auch eine Bereitschaft, dauerhafte Paarbindungen einzugehen und sich in einmal ausgekämpfte Rangordnungen bis auf weiteres einzufügen. Doch schließen sich diese angeborenen Verhaltensdispositionen nicht zu einer kompletten und starren Verhaltensordnung zusammen, sondern lassen Spielräume der Verhaltenswahl offen. So sind mit unserer genetischen Ausstattung sehr verschiedene Sozialgefüge vereinbar, insbesondere all die Gesellschaftsstrukturen, die es tatsächlich in unserer Welt gab und gibt, angefangen von den unterschiedlichen Sozialordnungen der Naturvölker und der nomadisierenden Viehzüchter bis hin zu jenen der westlichen Industriekultur.

Damit die Menschen in solchen Gemeinschaften ihr Handeln vorhersehbar, verlässlich und gemeinverträglich aufeinander einstellen konnten, mussten die ererbten Verhaltensdispositionen durch künstliche Verhaltensmuster ergänzt werden. So entstanden im Laufe der Kulturentwicklung Normen der Sitte und des Brauchtums, der Sozialmoral, der Religion und nicht zuletzt auch des Rechts und regelten das Zusammenleben in Familien und Dorfgemeinschaften, in der Agrarwirtschaft und später auch das Zusammenwirken in

Handwerks- und Fabrikbetrieben, Handelsgesellschaften, Vereinen, politischen Gemeinwesen und anderen komplexen Gemeinschaften. Alle diese Gemeinschaften bilden sich in der Weise, dass die Einzelnen ihr Tun und Lassen nach Regeln aufeinander einstellen, die ihnen sagen, wie man sich in bestimmten Situationen zu verhalten hat. Die durch Normen geordneten Gefüge des Zusammenlebens – wie Familien, Dienstverhältnisse, Handelsgesellschaften, Vereine, Gemeinden und Staaten – kann man auch als »Institutionen« bezeichnen.

Solche Gemeinschaften sind also Verhaltensgefüge, die sich nach normativen Verhaltensmustern bilden. Erst diese schaffen die notwendige Orientierungssicherheit und soziale Stabilität. Auch in diesen Sozialstrukturen, die nicht instinktreguliert, sondern normativ geformt sind, tritt hervor, dass wir nicht nur Natur-, sondern zugleich Kulturwesen sind.

Diese normativen Verhaltensordnungen sind variabel und gestatten es, die Sozialstrukturen dem Wandel der Lebensbedingungen anzupassen. Sie eröffnen auch unter gleichen Umständen eine begrenzte »Experimentierfreiheit« und können in dem Spielraum, den genetische Vorgegebenheiten und äußere Sachzwänge lassen, als Instrumente einer zweckbestimmten Sozialgestaltung eingesetzt werden.

b) Verhaltensregelung durch objektive Gebote

Fragt man, in welchen Begriffen sich eine rechtliche Ordnung denken lässt, so könnte eine vermeintlich realistische Antwort lauten, es handle sich dabei um faktische Regelmäßigkeiten menschlichen Zusammenwirkens. In diesem Sinne könnte man etwa den berühmt gewordenen Satz des nordamerikanischen Richters Oliver Wendell Holmes verstehen, das Recht enthalte »Prophezeiungen dessen, was die Gerichte tatsächlich tun werden« (1896/97, 461). In diesem Sinne äußerte sich auch der skandinavische Rechtsrealismus; einer seiner Repräsentanten meinte: Rechtsregeln könnten »an nichts anderem

festgestellt werden als daran, dass die Staatsorgane in bestimmten Situationen in gewisser Weise handeln, was wiederum auf einer Menge psychologisch wirkender Faktoren beruht und seinerseits auf verschiedenen Wegen das Verhalten der einzelnen beeinflusst. Abstrahiert man von diesem faktischen Verhalten der Staatsorgane [...], so sind die Begriffe Rechtsordnung und Rechtsregel leere Worte« (Lundstedt 1932, 252 f.).

Faktische Regelhaftigkeit des Verhaltens – war das nicht das Gesetz des Termitenstaates? Aber wir unterscheiden begrifflich das Regelmäßige und das Gebotene. Die Gleichsetzung des regelmäßigen mit dem gebotenen Verhalten widerspricht schon dem Sprachgebrauch. Regelmäßig lärmen die Fußballfans nach einem Torschuss. Aber wir sagen nicht, das sei ein gebotenes Verhalten. Regelmäßig spannen die Fußgänger ihren Schirm auf, wenn es zu regnen beginnt; dass jemand mit geschlossenem Schirm im Regen spazieren geht, ist unwahrscheinlich, aber nicht verboten. Es ist also ein Unterschied, ob wir ein Verhalten als wahrscheinlich oder als geboten bezeichnen. Auch der Satz des Richters Holmes will uns nicht überzeugen. Wohl mag der Rechtsanwalt, wenn er die Chancen einer Klage abschätzt, sich die Frage stellen, welcher Rechtsansicht das angegangene Gericht wahrscheinlich folgen werde; doch wird er sich stets eine kritische Stellungnahme zu der prognostizierten Entscheidung vorbehalten: Er wird sie für richtig oder falsch halten und wird vielleicht das Gericht von einer für falsch gehaltenen Ansicht abzubringen suchen. Vor allem aber kann der Richter selbst sich sinnvollerweise nicht die Frage stellen, wie er wahrscheinlich entscheiden werde, sondern nur die Frage, wie er richtigerweise entscheiden solle.

Rechtsnormen beschreiben also nicht ein Verhalten, sondern schreiben es vor, und zwar als objektive Verhaltensnormen. Als solche haben sie einen Sinn, an dem man sich orientieren kann. Was darunter zu verstehen ist, weiß man aus dem Alltag: Wenn Musikanten miteinander Mozarts »Kleine Nachtmusik« spielen, orientieren sie sich an einer Ordnung der Töne, die Mozart erfunden hat und die sie in einem Notenblatt

aufgezeichnet finden. An ihr orientieren sie sich aber auch dann, wenn sie das Stück auswendig spielen; sie haben dann die Komposition »im Kopf«. So könnte es scheinen, als seien Sinngehalte psychische Tatbestände. Aber damit wären sie nicht angemessen begriffen. Psychische Vorgänge sind immer höchstpersönlich; niemand kann nachprüfen, was der andere wirklich fühlt und denkt. Zugänglich ist anderen nur, was jemand ihnen als Ergebnis seines Denkens und Inhalt seines Fühlens mitteilt. Nicht das Denken, sondern nur das Gedachte, nicht das Fühlen, sondern nur das Gefühlte ist mitteilbar (»transsubjektiv«). Es kann auch – wie Mozarts Komposition – für mehrere eine gemeinsame (»intersubjektive«) Orientierungsgrundlage sein. Solche mitteilbaren Bewusstseinsinhalte entstehen zwar in Vorgängen des lebendigen Bewusstseins, aber sie sind von ihnen ablösbar und können ihnen gegenübergestellt werden, sind also »objektive« (von *obicere* = gegenüberstellen) Sinngehalte. Sie können aus dem Bewusstsein verschwinden und später wieder »zum Bewusstsein kommen« und werden dann in Bewusstseinsakten wieder lebendig (»aktuell«). Sie überleben, wie der Lehrsatz des Pythagoras, ihre Erfinder oft lange Zeit und sind als verfügbare Bewusstseinsinhalte auch dann »vorhanden«, wenn zur Zeit niemand an sie denkt. Zu solchen objektiven Sinngehalten gehören auch die Normen des Rechts.

Die rechtlichen Gebote und Verbote sind aber keine theoretischen Sätze, die eine Erkenntnis zum Ausdruck bringen, wie ein mathematischer Lehrsatz oder eine physikalische Hypothese. Sondern sie dienen der Ordnung des Handelns, indem sie ein Tun oder Unterlassen gebieten, betreffen also die Praxis (griechisch *praxis* = Handeln).

c) Recht als »law in action«

Andererseits ist das Recht nicht bloß ein normatives Sinngefüge, sondern es hat auch eine »faktische« Seite. Seinem objektiven Sinn nach ist uns heute noch das Recht zugänglich,

das in den steinernen »*Codex*« des Babylonierkönigs Hammurabi eingegraben ist, auch das eindrucksvolle Recht des antiken Rom oder das Recht der alten Baiuwaren, das in der *Lex Baiuvariorum* aufgezeichnet ist, und die deutsche Reichsverfassung von 1871. Aber keine dieser rechtlichen Ordnungen »gilt« für uns noch. Sie alle sind nicht mehr »wirksam«, das heißt, sie bewirken nicht mehr das in ihnen vorgeschriebene Verhalten. Sie sind nicht mehr »aktuell«, sie haben ihre Motivationskraft für das Bewusstsein und Handeln der hier und heute Lebenden verloren. Geltendes Recht sind die Normen, etwa einer Staatsverfassung oder des Kaufrechts oder des Familienrechts, nach denen gegenwärtig die in einer Rechtsgemeinschaft Lebenden ihr Handeln ausrichten, genauer gesagt Normen, die heute in einer Rechtsgemeinschaft die Chance haben, freiwillig befolgt oder aber durchgesetzt zu werden. Kurz, geltendes Recht ist auch eine »Tatsache«.

Nur so lassen sich auch Revolutionen rechtlich begreifen: Sie finden statt, wenn bisher geltende, grundlegende Normen über das Zusammenleben als politische Gemeinschaft – insbesondere die Normen darüber, wer in welcher Weise die fundamentalen Regelungsbefugnisse (Kompetenzen) auszuüben hat – nicht mehr befolgt werden, sondern wenn von jetzt an andere grundlegende Normen das Handeln in dieser Gemeinschaft wirksam bestimmen.